

Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung

Band 26

Das Recht in einer freiheitlichen Industriegesellschaft

25. Kolloquium

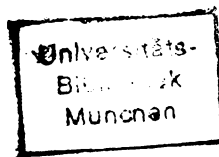
München 23. bis 25. März 1987

Mit Beiträgen von

Hans Günther Zempel, Roman Herzog, Joseph H. Kaiser,
Peter Badura, Karl-Ernst Schenk, Karl-Heinrich Friauf

Wirtschaftsverlag Bachem in Köln · 1988

6448629*6 'R



CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Das Recht in einer freiheitlichen Industriegesellschaft:

München,

23. – 25. März 1987 / mit Beitr.

von Hans Günther Zempelin ...

– Köln: Wirtschaftsverlag Bachem, 1988.

(Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung;

Bd. 26) (... Kolloquium / Walter-Raymond-Stiftung; 25)

ISBN 3-89172-134-X

NE: Hans Günther Zempelin [Mitverf.];

Walter-Raymond-Stiftung;

Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung;

Walter-Raymond-Stiftung: ... Kolloquium

© Wirtschaftsverlag Bachem in Köln · 1988

Gesamtherstellung J. P. Bachem KG in Köln

Printed in Germany

ISBN 3-89172-134-X

32293

INHALTSVERZEICHNIS
REFERATE UND DISKUSSIONEN

HANS GÜNTHER ZEMPELIN

Das Thema aus unternehmerischer Sicht 9

ROMAN HERZOG

Rechtsfortbildung durch Richterrecht in der Bundesrepublik
Deutschland 21

Diskussion 35

JOSEPH H. KAISER

Der Geltungsanspruch des Rechts in einer freiheitlichen Indu-
striegesellschaft 61

Diskussion 78

PETER BADURA

Parlamentarische Gesetzgebung und
gesellschaftliche Autonomie 115

Diskussion 136

KARL-ERNST SCHENK

Die ordnungspolitische Funktion des Rechts in der modernen
Wirtschaftstheorie 179

Diskussion 202

KARL-HEINRICH FRIAUF

Ergebnisse und Schlußfolgerungen 235

Stichwortverzeichnis

(ohne Diskussion) 253

ANHANG

Die Walter-Raymond-Stiftung – Aufgabe und Organe –	261
Referenten	266
Teilnehmer	269
Redaktionelle Nachbemerkung	277
Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung	278

Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie

1. Das Gesetz und die Politik im demokratischen Parteienstaat
 - a) Die gesetzgebende Gewalt
 - b) Das Gesetz als staatlich gesetzte Ordnung und als Werkzeug der Sozialgestaltung
 - c) Interessenausgleich und Konfliktregulierung durch Gesetz
2. Das Gesetz im Übergang von der obrigkeitlichen Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Interessenausgleich
 - a) Verfassung und Gesetz
 - b) Die Präponderanz der Grundrechte
 - c) Der Pluralismus der Interessen
 - d) Massendemokratische Erscheinungen und fundamentaldemokratische Bewegungen
3. Das Gesetz und die politische Freiheit

1. Das Gesetz und die Politik im demokratischen Parteienstaat

In der Demokratie geht – so sagt es die Verfassung – alle Staatsgewalt vom Volke aus. Die Selbstregierung des Volkes gilt als die der Freiheit und Gleichheit der Menschen allein gemäße Staatsform, und paradoxerweise gilt die jederzeit wirksame Volksfreiheit ohne staatliche Zwangsgewalt zugleich als das Programm der wahren, der eigentlichen Demokratie. Das Staatsrecht, von dem eine Antwort auf die Frage nach dem Gesetzgeber in der heutigen Verfassungsordnung erwartet wird, lenkt die Betrachtung von dem Begriffshimmel der politischen Ideen auf die real tätigen Interessen und die rechtlich geordneten Institutionen.

Die gesetzgebende Gewalt und das Gesetz sind die Grundbegriffe des Staatsrechts. Das von der parlamentarischen Volksvertretung beschlossene Gesetz ist das Gravitationszentrum der Politik im demokratischen Verfassungsstaat. Der demokratische Verfassungsstaat stellt sich vornehmlich als Gesetzgebungsstaat dar¹⁾. Das Gesetz ist das Kernstück der Rechtsordnung und das Werkzeug staatlicher Sozialgestaltung; es ist der Ausdruck des demokratischen Mehrheitsprinzips und die zur verbindlichen Norm gewordene Erscheinungsform erfolgreicher Politik.

Die bürgerliche Verfassungsbewegung hat auf der Grundlage des parlamentarischen Repräsentativsystems, des Gewaltenteilungsprinzips und des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung den Gesetzesbegriff in das Zentrum des neuen Verfassungsrechts gerückt. Die Demokratie und der Sozialstaat haben auf diesen Voraussetzungen aufbauend das Gesetz als Werkzeug der politischen Entscheidung, der Sozialgestaltung und der Umverteilung ausgebildet. In der überkommenen Form des rationalistischen und etatistischen Begriffs der Gesetzgebung trieben allerdings die neue demokratische Legitimität des Parteienstaates und die sozialstaatliche Entgrenzung der Staatsaufgaben eine neue politische Substanz der Gesetzgebung hervor. Die – bis heute geläufige – Vorstellung und Konstruktion des Gesetzes als eines Willensaktes des Staates und dessen gesetzgebender Gewalt verhüllt die politische Wirklichkeit des Parteien- und Verbände staates und der Vorformung der politischen Willensbildung durch die meinungsbildenden Medien. Dieser gewissen Doppelbödigkeit des Gesetzesbegriffs soll hier etwas nachgegangen werden, und zwar unter der engeren Themenstellung „Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie“²⁾. Dieses Thema führt in zwei Fragenkreise, deren gemeinsamer Horizont die dem Staat abzufordernde Garantie für das Gemeinwohl ist³⁾. Erstens: Das Gesetz als Kompromiß oder pluralistisches Abkommen. Zweitens: Die gesellschaftliche Autonomie als Grenze der Gesetzgebung. Einleitend dazu soll umrissen werden, wie sich der staatsrechtliche Begriff des Gesetzes heute darstellt und in welcher Weise davon gesprochen werden kann, daß das Gesetz eine staatlich gesetzte Ordnung und ein Werkzeug der Sozialgestaltung ist.

a) Die gesetzgebende Gewalt

Die wesentlichen staatsrechtlichen Merkmale des Gesetzes sind, daß es durch die parlamentarische Volksvertretung beschlossen wird und daß es eine rechtlich verbindliche Regelung zum Inhalt hat. Die Wirksamkeit der Gesetzgebung als Ausübung der Staatsgewalt wird dadurch bestimmt, daß die gesetzgebende Gewalt an das Verfassungsrecht gebunden ist und daß die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung dem Gesetz unterworfen sind.

Dadurch daß das Gesetz von der Volksvertretung beschlossen wird, ist es eine politische Entscheidung, d.h. eine Entscheidung, die aus dem Kampf um die Macht im Staat hervorgeht und auf die Erfüllung der Aufgaben des Gemeinwesens abzielt.

Die Formel ROUSSEAUS und der Französischen Revolution: „Das Gesetz ist der Ausdruck des allgemeinen Willens“), verspricht, daß sich im Gesetz Sein und Sollen verbinden. Das Gesetz ist ein Akt des politischen Willens, der sich im Streit der Interessen entscheidet. Aber es zielt auf Gemeinwohl und Gerechtigkeit und ist darin etwas anderes als der Machtspruch des die Mehrheit engagierenden Interesses. Die Gerechtigkeit ist der Grenzbegriff des Gesetzes: Da das positive Recht als Setzung der politischen Gewalt immer in mehr oder minder großem Maße auch Ausdruck von Herrschaft, Willen und Macht ist, kann die Gerechtigkeit niemals in ihm gänzlich aufgehen und so als Maßstab des richtigen Rechts überflüssig werden. Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes erfüllt das Verfassungsrecht der Idee nach und weitgehend auch praktisch die Aufgabe, Kriterien der Gerechtigkeit zu liefern und deren Beachtung durch den Gesetzgeber auch sicherzustellen.

b) Das Gesetz als staatlich gesetzte Ordnung und als Werkzeug der Sozialgestaltung

Der moderne Gesetzesbegriff findet seine tiefere Begründung im Vernunftrecht der bürgerlichen Aufklärung. Die anspruchsvolle Zielsetzung, das Gesetz solle eine allgemeine und dauerhafte Ordnung stiften, geht ebenso aus dem naturrechtlichen Rationalitätsprinzip hervor, wie die instrumentelle Auffassung des Gesetzes als Werkzeug der Veränderung und Gestal-

tung. Die demokratische und sozialstaatliche Umbildung der Verfassung, vor allem die Ausbildung des „Wirtschaftsstaates“ und die fortschreitende Expansion des Verwaltungsstaates, haben die Erscheinungen des Gesetzes als „Plan“, als Instrument der Verteilung und Umverteilung und als „Maßnahme“ typisch werden lassen⁵).

Der rationalistische Begriff der Gesetzgebung ist notwendigerweise ein etatistischer Begriff der Gesetzgebung. Es ist deshalb folgerichtig, daß die Kritik des Positivismus eine Kritik am Gesetzesbegriff – das Gesetz verstanden als eine grundsätzlich umfassende und lückenlose Ordnung und als omnipotentes Werkzeug staatlicher Herrschaft – einschloß. Die Freirechtsschule warf der „staatlichen Rechtsauffassung“ eine „ungeheuerliche Überschätzung der gesetzgebenden Staatsgewalt“ (Ernst FUCHS) vor⁶) und bereitete der Einsicht in die rechtsbildende Tätigkeit des Richters den Weg. Der Vortrag von HERZOG hat erläutert, welche Bedeutung der „Rechtsfortbildung durch Richterrecht“ heute zukommt. HERZOG weist jedem zu, was ihm gebührt: Der Gesetzgeber trifft die politische Entscheidung, mit Vorrang, kann dabei aber nicht durch das letztlich politische Kriterium des „Wesentlichen“ zu Entscheidungen gezwungen werden. Der Richter ist an Gesetz und Recht gebunden, verfügt aber über einen selbständigen Anteil an der Rechtsbildung, sei es bei der Anwendung des Gesetzes, sei es – wo eine spezielle oder ausdrückliche Regelung durch Gesetz fehlt – nach Verfassung und Rechtsgrundsätzen. Der Verfassungsrichter hat das Verfassungsrecht zu wahren, kann aber nur nach Maßstäben des Verfassungsrechts urteilen, also auch nur in den berechenbaren Grenzen des Rechts.

Nach einer eingehenden und andauernden Auseinandersetzung über die verfassungsrechtliche Stellung der Rechtsprechung und die juristische Einordnung des Richterrechts hat heute eine im ganzen ausgeglichene Auffassung über die Abgrenzung und Aufgabenverteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung die Oberhand gewonnen⁷). Selbst die große naturrechtliche Idee der Kodifikation hat wieder Fürsprecher gefunden; zu Recht ist die Notwendigkeit bekräftigt worden, den Beitrag zu erhalten, den der „form- und wertbezogene Systemwille in Gesetzgebung und Rechtsanwendung“ zur Rationalität des Rechts und zur Rechtssicherheit leisten kann⁸). Dieser Gedanke ist auch für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung von Interesse. Denn er gibt ein Leitmaß für die dem Gesetzgeber zu stellende Aufgabe und für eine Unterscheidung von zulässiger und unzu-

lässiger Rechtsfortbildung. Die mit dem Zustand mangelnder oder mangelhafter Gesetzgebung konfrontierten Arbeitsgerichte sollte man nicht als „Ersatzgesetzgeber“ geißeln. Wo sich das Parlament unausweichlichen Konfliktlösungsaufgaben nicht stellt, bleibt die Entscheidungslast des Richters bestehen. Wo der Gesetzgeber ein vollkommen angelegtes Prinzip in unvollkommene Normen gegossen hat, ist die rechtsfortbildende Korrektur des Richters auf sichererem Boden. Wo der Gesetzgeber dagegen – wie z. B. im Mitbestimmungsgesetz – einem politischen Kompromiß folgt, ist es nicht die Sache des Richters, diesen Kompromiß zu überschreiten oder aufzulösen⁹).

c) Interessenausgleich und Konfliktregulierung durch Gesetz

Kann die Ordnung der Aufgaben von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Gewaltenteilungsprinzip eine Basis finden, so gilt dasselbe nicht für das Verhältnis der parlamentarischen Gesetzgebung zur gesellschaftlichen Autonomie. Je weitreichender die Staatsaufgaben in alle Bereiche und Verzweigungen des Soziallebens vorangetrieben werden, desto dichter wird die Verflechtung der berührten Interessen und desto komplexer wird der Einfluß der betroffenen Verbände und Gruppen auf die Faktoren der Gesetzgebung. Der mit dem Sozialstaatssatz postulierte umfassende Sozialgestaltungsauftrag des gesetzgebenden Staates, der als eine Zentralisierung der Entscheidungsgewalt in der Hand des Staates erscheint, korrespondiert mit einer weitgeführten Dezentralisierung der Willensbildung im Zuge der politischen Entscheidungen. Diese sozialstaatlich bedingte Funktionsweise der Gesetzgebung trifft damit zusammen, daß die demokratische Gesetzgebung auf Interessenausgleich und Konfliktregulierung angelegt ist.

Der Kern der parlamentarischen Gesetzgebung ist der Parteienstaat. Die politischen Parteien – und wenn es um die Gesetzgebung geht, zuerst die Regierungsparteien – sind dazu berufen, die politische Aufgabe des Interessenausgleichs und der Konfliktregulierung zu leisten und damit eine erfolgreiche Gesetzgebung zu ermöglichen. Die gleichsam kontraktuelle Substanz der demokratischen Gesetzgebung hat die Nebenwirkung, daß die Verabschiedung oder Verhinderung von Gesetzen zum Werkzeug parteienstaatlichen Wettbewerbs um die Erhaltung oder den Gewinn von Regie-

runftsmacht wird. Im Kampf um bestimmte Gefetze miffen ſich die Parteien zur Sicherung ihrer Wahlchancen als m6glichſt erfolgreiche Promotoren beſtimmter Interellen bewahren und auch allgemein ihre Durchſetzungsfahigkeit erweiſen. Der Streit um die Novellierung des § 116 AFG und die Kette der Gefetze zur „Sicherung“ der Montan-Mitbeſtimmung ſind naheliegende Beiſpiele.

Kein Gefetz in einer wichtigen Frage kann allein dadurch Anerkennung gewinnen, daB auf das Gefetzgebungsrecht des Parlaments verwieſen wird. Die ſachliche Entſcheidung und Regelung des Gefetzes, von der Volksvertretung in politischer Geſtaltungsfreiheit getroffen, wAre als legaler Gefetzesbefehl der parlamentariſchen Mehrheit ſubſtantiell nicht mehr als eine obrigkeitliche Anordnung, wenn das Gefetz nicht auch eine innere Verbindung mit den groBen und dauernden Beſtrebungen und Vorſtellungen der Geſellſchaft aufwieſe. Dies zu bewirken, iſt die produktive Aufgabe der Parteien – und mittelbar der Verbände – in der parlamentariſchen Gefetzgebung. Darauf zeigen die Schlagworte des „Parteienſtaates“, des „Verbändestaates“ und der fundamentaldemokratiſchen „Partizipation“. Das Gefetz nimmt dabei eine Stelle ein, die im Übergang von der obrigkeitlichen Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Interellenausgleich liegt.

2. Das Gefetz im Übergang von der obrigkeitlichen Ausübung der Staatsgewalt zum autonomen Interellenausgleich

Das Staatsbild und die Begriffswelt des öffentlichen Rechts waren in der Ära des liberalen Parteienſtaates an der Trennung und – bei radikaleren Propagandiſten – der Entgegensetzung von Staat und Geſellſchaft ausgerichtet. Aus dieſem Axiom läßt ſich das heutige Staatsrecht nicht erklären. Das demokratiſche Verfaſſungsdenken – das auch ſeine radikaleren Propagandiſten hat – verſteht den Staat als „Selbſtorganisation der Geſellſchaft“ und kann deſhalb das öffentliche Recht nicht aus der Entgegensetzung von Staat und Geſellſchaft entwickeln. Das demokratiſche Verfaſſungsdenken richtet ſich an der Grundvorſtellung des „politischen Prozesses“ aus.

Die vertraute Dialektik von Staat und Geſellſchaft wird in den Grundbegriffen des Staatsrechts in unterſchiedlich fortschreitenden, oft faſt unmerklichen Veränderungen durch die Kategorien des neuen Verfaſſungs-

rechts abgelöst. Der Staat und die Freiheit des einzelnen, der Parlamentarismus und nicht zuletzt die Gesetzgebung ändern Gestalt und Wirkung. Nicht nur der Staat, auch die Freiheit des einzelnen wird zur „Funktion“ des umfassend vorgestellten politischen Prozesses, dem die Verfassung eine äußere Ordnung gibt. Der einzelne ist Herr und Knecht dieses Prozesses. Die staatlichen Institutionen und die öffentlichen Einrichtungen dienen dem von einzelnen und von Gruppen dirigierten – der Idee nach selbstbestimmten und selbst veranstalteten – politischen Prozeß der Meinungsbildung, der Interessenartikulation, des Verteilungskampfes und der Entscheidungsfindung.

Der weitgreifende Vorgang, in dem sich die Umbildung des Staatsrechts durch die Verwirklichung der Demokratie vollzieht, soll hier nur für das gestellte Thema – „Parlamentarische Gesetzgebung und gesellschaftliche Autonomie“ – und nur exemplarisch beleuchtet werden. Fünf tektonische Zonen können für das Gesamtbild stehen: das Verhältnis von Verfassung und Gesetz; die Präponderanz der Grundrechte; der Pluralismus der Interessen, bes. die Koalitionsdemokratie; die Erscheinungen der „Massendemokratie“; die fundamentaldemokratischen Bewegungen.

a) Verfassung und Gesetz

Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und – dieser Praxis manchmal vorausseilend, meistens aber sie überbietend – die theoretische Reflexion haben die Verfassung zum Leitmaß für Politik und Kultur in allen wesentlichen Bereichen des Zusammenlebens erhoben. Das gilt vor allem für die materiellen Vorschriften und Interpretationsmöglichkeiten des Verfassungsrechts, zuerst die Staatszielbestimmungen und die Grundrechte. Es wird für eine „'Entstaatlichung' des Öffentlichen“ eingetreten, für eine Entwicklung des „Öffentlichen“ stärker von der Verfassung aus (vom sozialen Rechtsstaat, der Demokratie und der Republik), im Sinne eines grundgesetzlichen „Öffentlichkeitsoptimismus“⁽¹⁰⁾.

Unversehens hat das Grundgesetz, dessen Verfassungsgeber die Lebensordnungen und Programmsätze der Weimarer Reichsverfassung gerade nicht wiederholen wollte, einen ausgedehnten und zum Teil labyrinthischen „Zweiten Hauptteil“ materieller Leitlinien und Grundsätze erhalten.

Gegen Ende der Weimarer Republik analysierte Carl SCHMITT die weitreichenden Folgerungen für das demokratische Mehrheitsprinzip und für den Gesetzgebungsstaat, die sich ergeben, wenn die Verfassung dem parlamentarischen Gesetzgeber durch materiellrechtliche Festlegungen vorgreifen will, vor allem wenn der Gesichtspunkt einer Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit inhaltlich bestimmter Interessen und Rechte maßgebend in die Verfassung eindringt¹¹⁾. Die geschützten Minderheiten erhalten durch die „Verankerung“ ihrer Interessen in der Verfassung ein Privileg gegenüber der demokratischen Gleichheit des Mehrheitsprinzips. Zugleich gibt die Verfassung so den rechtsanwendenden Stellen, hauptsächlich den Gerichten, ein Werkzeug gegen den Gesetzgeber, mit dem das richterliche Prüfungsrecht über seine vom Gewaltenteilungsprinzip gezeichnete Funktionsgrenze hinaustritt. Carl SCHMITT meinte, der Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung sei in Wahrheit „eine, gegenüber dem ersten, einen parlamentarischen Gesetzgebungsstaat organisierenden Hauptteil heteronome, zweite Verfassung“.

Univ. Bibl.
München

Ein wesentlicher Charakterzug des Gesetzgebungsstaates unter dem Grundgesetz ist die quasikodifikatorische Stellung, die der Verfassung, besonders den Grundrechten, in der Rechtsordnung zugewiesen worden ist. Die „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts hat den Interpreten einen Zauberstab in die Hand gegeben, mit dem die Exekutive beschränkt, zunehmend aber der Gesetzgeber überlastet werden kann. Die neuerliche Rückbesinnung auf die im Gewaltenteilungsprinzip vorausgesetzte Aufteilung und Zuordnung der Verantwortlichkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur selbständigen „Normkonkretisierungsbefugnis“ der Verwaltung im technischen Sicherheitsrecht¹²⁾ sieht sich auf dieser Linie wie folgt kritisiert: „Was verfassungsrechtlich, in grundrechtsschützender Absicht begann, endet bei den Einschätzungen und Wertmaßstäben der Verwaltung, die regulative Kraft des Gesetzes und die freiheitsschützende Funktion des Grundrechts bleiben gleichermaßen auf der Strecke.“ Es wird ebenso aber zu Recht bemerkt, Widerstand formiere sich gegen eine „Depotenzierung des demokratischen Gesetzgebers zu einem Organ richterlich angeleiteten Verfassungsvollzugs“¹³⁾.

Die richterrechtlich ins Werk gesetzte, dann aber durch Theoretiker und Interessenten weit über das Ziel getriebene quasikodifikatorische Fortbildung des Verfassungsrechts überfordert den Sinn und die Leistungsfähig-

keit der Verfassung und verzerrt den politischen Auftrag des Gesetzgebers. Die parlamentarische Gesetzgebung und das demokratische Mehrheitsprinzip sehen sich dadurch einer gestärkten Dritten Gewalt gegenüber, die mit Hilfe des richterlichen Prüfungsrechts die Gesetzesunterworfenheit der Rechtsprechung einschränkt. Ein Erfolg der Bestrebungen, das Grundgesetz durch neue und spezielle Staatszielbestimmungen zu ergänzen, würde den kodifikatorischen Charakterzug des Verfassungsrechts vertiefen und auch die Gesetzesunterworfenheit der vollziehenden Gewalt modifizieren.

b) Die Präponderanz der Grundrechte

Die Entwicklung und Fortbildung der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht ist eine außergewöhnliche und durch keine Kritik in Frage zu stellende Leistung für die Rechtsordnung und für die Freiheit des einzelnen. Die gegen einzelne Entscheidungen und auch gegen bestimmte Rechtsauffassungen des Gerichts vorgebrachten und vorzubringenden Einwände – sowohl von Betroffenen, wie auch vom Standpunkt der Rechtswissenschaft – ändern daran nichts. Die unlängst geäußerte Aufforderung, das Bundesverfassungsgericht, vor allem dessen 1. Senat, möge wieder zu „juristisch-argumentativer Disziplin und judizieller Präzision“ zurückfinden¹⁴⁾, ist als allgemeiner Vorwurf nicht vertretbar.

An der auffälligen und in gewisser Weise singulären Präponderanz der Grundrechte in Politik und Recht ist überdenkenswert, daß die Betonung des „personalen“ Grundzugs der Grundrechte zu einer Entbalancierung des Katalogs der Freiheitsrechte führen kann und daß jenseits des „personalen“ Freiheitsschutzes die Grundrechte zunehmend in Positionen und Bastionen autonomer Interessenswahrung und Gruppenstrategien verwandelt werden. Die Grundrechte sind der Brückenkopf der gesellschaftlichen Autonomie in der Verfassungsordnung. Die gesetzgebende Gewalt des Staates, der parteienstaatliche Parlamentarismus, sieht sich hier einem tiefgestaffelten Kraftfeld der Autonomie von Gruppen und Sozialbereichen gegenüber.

Die verfassungsrechtlich zugelassene oder gewährleistete Autonomie ist eine Schranke der Gesetzgebung und außerdem in vielfältiger Weise die Grundlage „nichtstaatlicher“ Rechtsetzung¹⁵⁾. Die Kirchen und sonstigen

Religionsgesellschaften sind der historisch bedeutendste und auch für die heutige Gesittung und Kultur wesentlichste Bereich. Andere Bereiche haben in der aktuellen juristischen Debatte größere Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Das Grundgesetz und die Landesverfassungen haben in breitem Umfang Angelegenheiten öffentlicher Bedeutsamkeit Selbstverwaltungskörperschaften oder -einrichtungen überlassen, so den kommunalen Gebietskörperschaften (Art. 28 Abs. 2 GG), den Universitäten und Fakultäten (Art. 5 Abs. 3 GG) und den Rundfunkanstalten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), oder der autonomen Übereinkunft sozialer Mächte zugestanden, wie insbes. in der Tarifautonomie des kollektiven Arbeitsrechts (Art. 9 Abs. 3 GG).

Die Basis dieser autonomen Rechte sind verfassungsrechtliche Freiheiten und Garantien. Es handelt sich nicht etwa um „ursprüngliche“ oder sonstige „staatsfreie“ Regelungsbefugnisse oder Privilegien. Diese autonomen Rechte bedürfen alle der Ausgestaltung und des Schutzes durch das Gesetz. Aus den jeweiligen verfassungsrechtlichen Freiheiten und Garantien ergibt sich für die anerkannte Autonomie eine Gewährleistungspflicht des Gesetzgebers, gestärkt durch die verfassungsgerichtliche „Wesentlichkeitstheorie“, aber gegenläufig auch der Anspruch der Autonomiesubjekte, in einem lebenskräftigen Umkreis für Selbstbestimmung und Gestaltung durch den Staat, und damit durch den Gesetzgeber, respektiert zu werden. Die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes gilt auch hier – und gilt hier sogar in betonter Weise¹⁶⁾ –, doch sie verschafft dem Staat nicht die Disposition über die der Autonomie vorbehaltenen Sachbereiche und Entwicklungen.

Die politische Verantwortung und Entscheidungsgewalt des Gesetzgebers angesichts der verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie ist nicht nur eine Frage der juristischen Konstruktion und der rechtlichen Maßstäbe. Die Rechtsfragen sind nur die Widerspiegelung grundsätzlicher Streitpunkte in der Sache, die in die Sphäre der Verfassungspolitik reichen. Die Autonomiebereiche, die hauptsächlich zu juristischen Erörterungen und Streitfällen geführt haben, sind zentrale Entwicklungs- und Kampffelder der heutigen Gesellschaftsordnung:

- die Wissenschaft, Forschung und Technologie, gestützt auf die Universitäten und wissenschaftlichen Hochschulen;

- der Rundfunk und die „Neuen Medien“ als ein Kernstück der öffentlichen Meinung und der medialen Kommunikation;
- die Koalitionen als Faktoren der sozialen Selbstverwaltung und als Parteien der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems.

KAISER hat in seinem Vortrag über den Geltungsanspruch des Rechts gezeigt, daß die Tarifautonomie – wie das Gesetz – durch eine ökologische Staatszielbestimmung gebunden ist. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen tritt damit verfassungsrechtlich als Begrenzung auch des Staatsziels Wirtschaftswachstum und insgesamt des Verteilungskampfes auf den Plan. Nicht nur das Recht des Gesetzgebers, auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Autonomie sind dem Wandel der Verhältnisse unterworfen.

Die Wissenschaftsfreiheit, die Medienfreiheiten und die Koalitionsfreiheit garantieren gesellschaftliche Autonomie durchaus verschiedener Art und Kraft. „Autonomie“ ist dennoch weder hier noch sonst „Staatsfreiheit“ im Sinne des liberalen Axioms der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft. Die durch die Verfassung ausgesprochene Garantie muß durch das Gesetz Wirksamkeit erhalten. Die jeweilige Freiheit und Autonomie muß durch das Gesetz gewährleistet werden, sie muß durch das Gesetz mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang gehalten werden und sie muß durch das Gesetz mit den Rechten Dritter ausgeglichen werden. Daß die Regelungsvollmacht des gesetzgebenden Staates auf diese Gewährleistungsaufgaben beschränkt ist, bedeutet keineswegs eine Rückzugsposition. Die politische Verantwortung und das Gesetzgebungsrecht der parlamentarischen Institutionen darf nur nicht im Sinne einer falsch verstandenen „Staatsfreiheit“ der Wissenschaft, der Medien und des Tarifvertragssystems geschwächt werden.

c) Der Pluralismus der Interessen

Jedes Programm durch Gesetz einzulösender Schutz- und Gewährleistungspflichten des Staates muß sich der Frage nach der Leistungsfähigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers im Parteien- und Verbändestaat stellen. Damit ist nicht nur die gewissermaßen technische Beengtheit in der perso-

nellen und zeitlichen Kapazität der Legislative gemeint. Als Medium und Faktor des politischen Prozesses muß die parlamentarische Volksvertretung über die nötige politische Bewegungsfreiheit verfügen, ist sie aber auch von Wahlen, Wahlergebnissen, Machtkämpfen und Interessengegensätzen abhängig. Diese Bedingungen und Erscheinungen des demokratischen Parlamentarismus sind dessen Lebensäußerungen, nicht Behinderungen oder Mißstände. Damit soll natürlich nicht gesagt werden, daß jeder Wahlausgang oder jeder Macht- oder Interessenkompromiß gleich gut wäre.

Die verbändestaatliche, vom Pluralismus der Interessen beeinflusste Seite der Gesetzgebung wirkt unter dem Blickwinkel des politischen Prozesses zwei Fragen auf: die Frage einer Institutionalisierung des Verbandseinflusses im Gesetzgebungsverfahren, am ausgeprägtesten etwa durch einen Bundeswirtschaftsrat, und die Frage der gesetzlichen Ordnung des Interessen- und Verteilungskampfes selbst.

Der Gedanke einer formalisierten Beteiligung der organisierten Interessen an der Gesetzgebung ist alt und findet immer wieder neue Fürsprecher¹⁷⁾. Beispielsweise wird gesagt: „Eine Verbandsbeteiligung am Gesetzgebungsverfahren, die freilich erst noch in angemessener Weise zu institutionalisieren wäre, empfiehlt sich nicht nur aus Gründen der Offenlegung und Kontrolle des Verbandseinflusses, sondern auch im Hinblick auf den eingebrachten Sachverstand, die Erleichterung des Interessenausgleichs und die damit verbundene bessere Durchsetzbarkeit der beabsichtigten Regelungen“¹⁸⁾. Derartige Konzepte, die ohne Verfassungsänderung nicht realisiert werden könnten, dürften auf idealistischen Einschätzungen beruhen und würden den Parlamentarismus und die Parteien dem ungebrochenen Interessenproporz öffnen. Wenig Gutes verspricht auch die von anderer Seite erhobene Forderung, in das Gesetzgebungsverfahren einen pluralistischen „Diskurs“ der Interessenten, Experten und Rechtswissenschaftler als förmlichen Verfahrensschritt einzubauen¹⁹⁾. Das geltende Recht kennt zwar verschiedenartige Bestimmungen über die Anhörung oder sonstige Beteiligung von Verbänden bei der Vorbereitung von Gesetzen oder sonstigen Rechtsvorschriften, z. B. in § 69 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Bundestages, in § 23 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO II), in § 94 BBG und den entsprechenden Bestimmungen des Landesbeamtenrechts und im technischen Sicherheitsrecht (siehe § 51 BImSchG).

Diese Bestimmungen begründen jedoch keine Mitwirkungsrechte der beteiligten Kreise im Rechtsetzungsverfahren selbst²⁰).

Für die andere Frage der gesetzlichen Ordnung des Interessen- und Verteilungskampfes selbst hält sich der Leitsatz von der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bereit. Doch ist damit die Rechtsfrage nur bezeichnet, nicht entschieden. Die demokratischen Institutionen, Volksvertretung und verantwortliche Regierung, verfügen im Kraftfeld und Legitimationssystem der Demokratie nicht über eine von vornherein bestehende und ungefragte Autorität und Entscheidungsfähigkeit, kraft derer „von oben“, *ex auctoritate principis* oder auch nur *ex auctoritate rationis*, einfach dekretiert werden könnte, was Recht und Gerechtigkeit ist.

Auf den Gedanken, daß die Vernunft die Grundlage des Rechts ist, konnte nur das Zeitalter des Nationalstaates – oder früher, im römischen Weltreich, die Philosophie der stoischen Weltvernunft – kommen. Es ist also die in der Nation verkörperte Kultur, Geschichte und Sittlichkeit, die dem gesetzten Recht Legitimität verschafft: Die verallgemeinerte bürgerliche Gesellschaft, nicht die abstrakte Vernunft. Es ist heute, im Zeitalter des sich auflösenden Nationalstaats, eine noch offene Frage, ob Weltanschauungen, Parteiprogramme, „Klassenbewußtsein“ oder anderes die neue Basis gründen können. Das Interesse für sich allein kann die Legitimität des Rechts jedenfalls nicht schaffen.

Die gesetzgebende Volksvertretung kann nicht, wie die Exekutive, als Schuldner in einem verfassungsrechtlichen Schuldverhältnis in Anspruch genommen werden. Eine Pflicht zur Gesetzgebung als einklagbare Rechtspflicht ist ein verfassungsrechtlicher Grenzfall. Die Funktionsgrenzen und Funktionsbedingungen der parlamentarischen Volksvertretung sind in Rechnung zu stellen, wenn verfassungsrechtliche Pflichten des Gesetzgebers zur Regelung bestimmter Materien, z.B. des Arbeitskampfrechts, formuliert werden. Es muß, selbstverständlich, die politische und im Kern verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzgebers für den Schutz und die Gewährleistung von Freiheit, Sicherheit und gerechter Ordnung eingefordert werden. Ohne diese Verantwortung und Garantie kann eine Gesellschaftsordnung freien Zusammenlebens nicht bestehen. Doch ist das zu unterscheiden von dem raschen, mit konstruktiver Fingerfertigkeit begleiteten Ruf nach dem Gesetzgeber. Im demokratischen Parteien- und Verbändestaat bedeutet die Regelungspflicht des Gesetzgebers ein Privileg für

die Begünstigten. Deshalb kann dem Gesetzgeber nicht ohne dringenden und schwerwiegenden Grund abverlangt werden, er müsse bestimmte Gegenstände überhaupt, in bestimmter Weise oder zu bestimmten Zeitpunkten regeln. Das kann politisch gefordert werden, vielleicht auch zweckmäßig sein, kommt als verfassungsrechtliche Pflicht aber nur kraft eines besonderen Titels in Frage. Wer einen solchen Titel zu haben behauptet, muß sich auf eine genaue Prüfung des Titels gefaßt machen.

Die Kehrseite dieses vielleicht rigoros erscheinenden Standpunktes ist, daß der Gesetzgeber um so deutlicher darauf verpflichtet ist, die Funktionsbedingungen der gesellschaftlichen Autonomie in deren verschiedenen Wirkungskreisen zu sichern. Es kann ihm beispielsweise nicht frei stehen, die Gestaltung der Unternehmensmitbestimmung der Tarifautonomie zu überlassen oder die ordnungspolitischen Konsequenzen der gesetzlich geregelten Unternehmensmitbestimmung für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaften und des Tarifvertragssystems als eine nur politische Frage zu betrachten. Im Arbeitskampfrecht ist die Sicherung der Neutralität des Staates und der staatlichen Leistungen als Grundbedingung der Gleichgewichtigkeit der Arbeitskampfparteien eine verfassungsrechtlich erhebliche Aufgabe des Gesetzgebers. Die Auseinandersetzung um die Neufassung des § 116 AFG, ausgelöst von einer neutralitätswidrigen Beeinflussung des Arbeitskampfes in der Metallindustrie 1984 durch Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit in Höhe von 200 Mio. DM an mittelbar betroffene Arbeitnehmer, betraf deshalb eine elementare Verfassungsfrage. Der parlamentarische Gesetzgeber darf seine Verantwortung hier wie sonst nicht auf autonome Entscheidungen oder Vereinbarungen der Koalitionen abwälzen, auch nicht im Gewande von Regelungen der Bundesanstalt für Arbeit oder von Schiedsstellen.

Für die verfassungsrechtliche Ordnung des Interessenpluralismus und der autonomen Rechte im politischen Prozeß zeigt es sich demnach als Kardinalfrage, die Funktionsbedingungen des autonomen Interessenausgleichs zu erfassen und der Garantie des Gesetzes zu unterstellen. Ein Punkt, für den diese Kardinalfrage noch der genaueren Prüfung harrt, ist der Regelungsbereich, den das Schlagwort von der „sozialen Kontrolle des technischen Fortschritts“ bezeichnet. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) schließt den Gesetzgeber nicht etwa von der Befugnis zur Ordnung und Gestaltung aus, ebensowenig die wirtschaftlichen Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1, 12

Abs. 1, 14 GG). Klärungsbedürftig ist, ob und welche Regelungspflicht hier für den Gesetzgeber anzunehmen ist. Die Aporie der Verfassungsbindung des gesetzgebenden Parlaments besteht darin, die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes mit dem Fundamentalsatz der parlamentarischen Demokratie, der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, in Einklang zu halten. Der zur politischen Entscheidung berufenen Volksvertretung muß ein dem Grundsatz nach gegebener Spielraum darin zugestanden werden, ob, wann und mit welchem Maß an Regelungsdichte die gesetzgebende Gewalt ausgeübt wird. Das Werkzeug des Macht- und Interessenausgleichs, mit dem dieser Spielraum wahrgenommen wird und wahrgenommen werden darf, ist der Kompromiß. Es gibt vielleicht keine andere zentrale Erscheinung des politischen Prozesses, die vom Staatsrecht so wenig beachtet wird, wie den Kompromiß. Dem Scharfsinn Carl SCHMITTS war dieses Werkzeug des polykratischen Parteienstaates nicht entgangen, doch sah er nur die negative Seite des interessentenabhängigen Parlamentarismus, in dem das Gesetz nur der „jeweilige Kompromiß heterogener Machtklumpen“ sei²¹).

Der Kompromiß als Wegbereiter der Gesetzgebung reflektiert die Existenz und Kampfkraft der Gruppeninteressen in einer Partei, in einer Parteienkoalition und in der Wechselwirkung von Regierung und Opposition und von Parteien und Verbänden.

Der Kompromiß erfaßt einzelne Gesetze und einzelne Regelungen in dem Gesetz. Er konstituiert aber auch „Pakete“ und Junktims quer durch die gesamte Politik und Gesetzgebung, etwa durch die Verknüpfung einer steuerpolitischen Reform mit der Regelung – oder Nichtregelung – von Fragen des Familienrechts, des Strafrechts, des Rechts der inneren Sicherheit oder der Sozialpolitik.

Der Kompromiß als Erscheinung des politischen Ausgleichs tritt nur durch seine Ergebnisse in das Licht des Verfassungsrechts. Der durch den Kompromiß geschaffene Zusammenhang, der ja kein Zusammenhang in der Sache selbst zu sein braucht, wird außerdem nur in dem Ausschnitt durch die Maßstäbe des Verfassungsrechts greifbar, der durch ein Gesetz oder eine einzelne Rechtsvorschrift gebildet wird. Die weitergehenden kontraktuellen Verknüpfungen können als solche die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht beeinflussen. Überhaupt kommt es für das Verfassungsrecht hier nur auf objektive Fehlgriffe und Mängel, nicht dagegen auf behauptete sub-

jektive Willkür oder Gedankenlosigkeit im Prozeß der Vorbereitung eines Gesetzes an. Staatsklugheit und praktische Vernunft treten also – ebenso wie das Fehlen des einen oder des anderen – nur mit einem Segment ihrer Wirksamkeit vor das Forum des Verfassungsrichters.

d) Massendemokratische Erscheinungen
und fundamentaldemokratische Bewegungen

Der Kompromiß ist ein Lebelement des Parteien- und Verbändestaates. Diesem auf Ausgleich und Konsens abzielenden Entscheidungsweg diametral entgegengesetzt sind die Erscheinungen der Massendemokratie und die fundamentaldemokratischen Bewegungen. Beide sind völlig folgerichtig mit dem Parlamentarismus nicht vereinbar oder sogar gegen die Arbeitsweise und Autorität der parlamentarischen Demokratie gerichtet. Selbst zum Kompromiß nicht fähig, gewinnen die massendemokratischen und fundamentaldemokratischen Bestrebungen fortlaufend Argumente aus der Schwerfälligkeit parteien- und verbändestaatlicher Prozeduren und aus den mangelhaften oder „faulen“ Kompromissen, die ihre Theoretiker und Propagandisten tatsächlich oder vermeintlich aufzudecken vermögen.

Die massendemokratische Seite des politischen Prozesses ist, wie besonders Gerhard LEIBHOLZ nicht müde wurde zu betonen²²⁾, untrennbar mit dem Parteienstaat verbunden. Die Wahlen können mehr oder weniger Personalplebiszite über die Kandidaten für das Amt des Regierungschefs sein oder von den Parteien oder der öffentlichen Meinung zu Abstimmungen über Programme oder politische Hauptfragen vereinfacht werden. Daraus können sich politisch einzulösende Bindungen des Parlaments für die Regierungsbildung und für die Gesetzgebung ergeben. Je weiter sich allerdings das Kräftespiel von einem ausgeprägten Zwei-Parteien-System entfernt und der Wahlausgang verschiedene Koalitionsmöglichkeiten eröffnet, um so weniger folgt der reale politische Macht- und Interessenausgleich der Vorstellung vom plebiszitären Parteienstaat.

Eine unmittelbare Auswirkung auf die parlamentarische Gesetzgebung tritt ein, wenn der Parlamentarismus durch Verfahren der Volksgesetzgebung ergänzt oder modifiziert wird. Das Grundgesetz sieht derartige plebiszitäre Bindungen der parlamentarischen Volksvertretung nicht vor und läßt sie

auch nicht zu. „Die Bundesgesetze werden vom Bundestage beschlossen“ (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG) und kommen zustande, wenn der Bundesrat seine Mitwirkungsrechte ausgeübt hat (Art. 78 GG). Die in neuerer Zeit verstärkt vorgebrachten Argumente für plebiszitäre Ergänzungen des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens fügen sich in Verfassungsvorstellungen ein, die in der parlamentarischen Entscheidung nur ein Element des umgreifenden politischen Prozesses der gesellschaftlichen Willensbildung sehen. Die scheinbare Unmittelbarkeit der plebiszitären Verfahren wird außerdem zu Unrecht der parteienstaatlichen Mittelbarkeit des Parlamentarismus konfrontiert.

Die fundamentaldemokratischen Bewegungen definieren sich dadurch, daß sie grundsätzlich oder für einzelne politische Entscheidungen die Legitimität bestreiten, die in der parlamentarischen Volksvertretung wirksam ist und in Wahlen nach dem Mehrheitsprinzip bezeugt wird. Die Vielfalt der Gruppen und Bestrebungen erlaubt keine vorschnellen Verallgemeinerungen. Eine Linie beruft sich auf jene Schein-Legitimität, die für bestimmte Anliegen in Anspruch genommen wird, die an die Wurzel des Übels zu gehen versprechen. Dies ist das gewöhnliche Argument des Radikalismus zur Rechtfertigung utopischer Ziele und gewaltsamer Mittel²³). Eine andere Linie ist die „Basisdemokratie“ als Gesellschaftsbild von Gruppierungen, die sich als „Bestandteil der außerparlamentarischen Emanzipationsbewegungen“ verstehen; dieses Programm läßt sich in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes nicht verwirklichen²⁴). Schließlich haben sich Bestrebungen der fundamentaldemokratischen „Partizipation“, z. B. in Bürgerinitiativen, auf Grundrechte der politischen Freiheit, vor allem die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) gestützt, um die demokratische Funktion dieser Grundrechte als eine Art kompensatorische Teilhabe an wichtigen politischen Entscheidungen auszuformen, angesichts der etablierten Kräfte, des Mehrheitsprinzips der repräsentativen Demokratie und der durch einen überlegenen bürokratischen Apparat verwalteten Staatsgewalt. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁵) könnte derartigen Interpretationen Auftrieb geben. Es ist ein Schritt von großer Tragweite, wenn die Grundrechte der politischen Freiheit in Rücksicht auf die Bedeutung der durch sie geschützten Verhaltensweisen für den Prozeß der freien politischen Meinungs- und Willensbildung nicht nur – wie bisher – als Freiheitsrechte mit konstitutiver Bedeutung für die Demokratie angesehen wer-

den, sondern vielmehr als Rechte, die zu den unentbehrlichen „Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens“ gehören. Die als Grundrecht geschützte politische Freiheit tritt durch diese Funktionalisierung in Konkurrenz zu den Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren der demokratischen Staatlichkeit, insbesondere der parlamentarischen Gesetzgebung.

3. Das Gesetz und die politische Freiheit

In einer Abhandlung über „Entscheidungsdefizite der Parlamente“ trifft der Autor, ein sicher nicht unkritisch eingestellter Staatsrechtler, die Feststellung, die gängige Parlamentarismuskritik übersehe „die historische Tatsache, daß bisher kein deutsches Parlament einen nur annähernd so starken Einfluß auf die praktische Politik ausgeübt hat wie der Bundestag in den vergangenen dreißig Jahren seines Bestehens“²⁶). Wer also daran festhält, daß der Parlamentarismus und die parlamentarische Gesetzgebung die entscheidende Grundlage für eine freie und gerechte Rechtsordnung sind, bewegt sich nicht in einer Welt bloßer Illusionen. Die demokratischen Institutionen müssen sich in diesem Punkte nicht eine die Verfassung widerlegende „Verfassungswirklichkeit“ vorhalten lassen. Im übrigen belegen die gerade in jüngster Zeit deutlich intensivierten Arbeiten zu einer „Gesetzgebungswissenschaft“, daß die parlamentarische Gesetzgebung eine lebendige, wirksame und interessante Erscheinung der praktischen Politik ist.

Eine Theorie der Gesetzgebung, die der Vorstellung vom politischen Prozeß als dem Grundphänomen des Staatslebens folgt, stellt gewissermaßen von selbst einen Zusammenhang zwischen den gesellschaftlichen Faktoren der Gesetzgebung und der parlamentarischen Willensbildung und Entscheidung her. Kann es dennoch eine politiktranszendente Rationalität des Gesetzes in der parteienstaatlichen Demokratie geben, eine Rationalität der „notwendigen Beziehungen, die aus der Natur der Dinge hervorgehen“, wie es MONTESQUIEU vorschwebte? Dieses Ziel ist – so muß die Antwort des Staatsrechtlers lauten – die Prämisse eines die Versprechungen der Verfassung einhaltenden Gesetzgebungsstaates. Zu dem Gesetz als dem Kernstück des demokratischen Verfassungsstaates gibt es keine Alternative. Auf dem

Gesetz – und damit auf der Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Volksvertretung und des demokratischen Parteiensystems – ruhen die Sicherung von Freiheit und Eigentum und ebenso die sozialstaatlichen Garantien von Arbeit und sozialer Sicherheit.

Die Kräfte der gesellschaftlichen Autonomie müssen die Stellung und Aufgabe der politischen Parteien für die parlamentarische Gesetzgebung anerkennen und unterstützen. Denn die Rationalität der Gesetzgebung kann in der parlamentarischen Demokratie nicht getrennt von dem Kampf oder „Wettbewerb“ der Parteien um die nach dem egalitären Mehrheitsprinzip vergebene Macht und um die Bestimmung der sachlichen Ziele staatlichen Handelns definiert werden.

Es ist ein verfassungsrechtliches Prinzip, daß die Wahlen den Staat mit handlungsfähigen Organen versehen sollen, d.h. mit einem Parlament, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachliche gesetzgeberische Arbeit zu leisten. Dieses Prinzip erlaubt, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt hat, sogar Differenzierungen im Anwendungsbereich der formalisierten Wahlrechtsgleichheit. Es schützt die politische Handlungsfähigkeit des Parlaments; die Wahl soll ein Parlament als funktionsfähiges Staatsorgan hervorbringen. „Klare und ihrer Verantwortung für das Gesamtwohl bewußte Mehrheiten im Parlament sind ... für die Bildung einer nach innen und außen aktionsfähigen Regierung und zur Bewältigung der sachlichen gesetzgeberischen Arbeit erforderlich“²⁷). Diese verfassungsrechtliche Leitlinie ist zu bedenken, soweit die Sicherung und Stärkung der Gesetzgebungsfunktion des Bundestages in Rede steht.

Die Sicherung und Stärkung der parteienstaatlichen Demokratie gegenüber dem pluralistischen Zugriff oder Einfluß ist jedoch nicht allein durch das Recht und durch die Ordnung der Institutionen zu bewerkstelligen. Die parteienstaatliche Demokratie wird sich nur behaupten können, wenn sie die ihr eigentümliche Kraftquelle der politischen Freiheit nachhaltig zu mobilisieren vermag.

Anmerkungen

- ¹⁾ U. SCHEUNER, Gesetzgebung und Politik (1974), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 529; D. WYDUCKEL, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1982, 1175; H. DREIER, Der Ort der Souveränität, in: *ders.* J. HOFMANN, Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 11/43; H. SCHULZE-FIELITZ, Das Parlament als Organ der Kontrolle im Gesetzgebungsprozeß, ebd., S. 71/92.
- ²⁾ Dabei werden Gedanken verwendet und fortgeführt, die in den Vorträgen „Der Zustand des Rechtsstaates“ (Cappenberger Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Bd. 21, 1986, S. 13) und „Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung“ (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 101, 1986) dargelegt worden sind.
- ³⁾ Eine umfassende Betrachtung gibt H. VON ARNIM, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, und *ders.*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 103 ff. Als klassische staatsrechtliche Untersuchung zu dem Thema ist zu nennen: J. H. KAISER, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, 2. Aufl., 1978.
- ⁴⁾ W. GRAWERT, Art. Gesetz, in: BRUNNER/CONZE/KOSELLECK (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, I, 1975, S. 863/900.
- ⁵⁾ Carl SCHMITT, Legalität und Legitimität, 1932; E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, 2. Aufl., 2 Bde., 1953/54; W. WEBER, Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie (1956), in: *ders.*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 121; H. SCHNEIDER, Gesetzgebung, 1982.
- ⁶⁾ K. SCHMIDT, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 20.
- ⁷⁾ Vgl. K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983; J. IPSEN, Richterrecht und Verfassung, 1975; F. BYDLINSKI, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149; Th. MAYER-MALY, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557; P. BADURA, Staatsrecht, 1986, D 59. – BVerfGE 34, 269/287 f.; 49, 304/318; 65, 196/210 ff.; 69, 188/203; 71, 354/362 f.; BVerfG Beschl. vom 14. 1. 1987 – 1 BvR 1052/79 –.
- ⁸⁾ K. SCHMIDT, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985. – Besonders R. RICHARDI, Selbstgestaltung der Arbeitskampfordnung durch Tarifvertrag und Verbandssatzung, RdA 1986, 146, betont die Bedeutung des die dogmatische Klärung leistenden (wissenschaftlichen) Juristenrechts für das Arbeitskampfrecht.
- ⁹⁾ K. SCHMIDT a. a. O., S. 66, 70.
- ¹⁰⁾ P. HÄBERLE, Rezension von W. MARTENS, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, DÖV 1969, 653/654.
- ¹¹⁾ C. SMITT, Legalität und Legitimität, 1932, S. 28 f., 41 ff., 56 ff.
- ¹²⁾ BVerwG NVwZ 1986, 208/212 f. (Wyhl). – Siehe zuvor BVerfGE 61, 82/114 f. (Sasbach).
- ¹³⁾ E. DENNINGER, Verfassung und Gesetz, KritV 1986, S. 291/300, 302.
- ¹⁴⁾ H. H. RUPP, Anmerkung, JZ 1987, 241/242.
- ¹⁵⁾ Hierzu und zum folgenden P. BADURA, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung, 1986, S. 21 ff.
- ¹⁶⁾ BVerfGE 33, 125/156 ff. – Facharzt; 35, 79 – Hochschule; 44, 322 – Tarifautonomie; 57, 295 – Rundfunk.
- ¹⁷⁾ Vgl. etwa H. J. SCHRÖDER, Gesetzgebung und Verbände, 1976.
- ¹⁸⁾ D. WYDUCKEL, Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1982, 1175/1176.
- ¹⁹⁾ H. SCHULZE-FIELITZ, Das Parlament als Organ der Kontrolle, in: H. DREIER/J. HOFMANN (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, S. 71/110 ff.
- ²⁰⁾ BVerwG NJW 1980, 1763 mit Anm. C. BRODERSEN, JuS 1980, 839. – A. A. U. BATTIS, BBG, 1980, § 94, Anm. 4.
- ²¹⁾ C. SCHMITT a. a. O., S. 45, 90.

- ²²⁾ G. LEIBHOLZ, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., 1966.
- ²³⁾ Ch. KRAUTHAMMER, Terror and Peace: the „Root Cause“ Fallacy, Time, 22. 9. 1986, S. 24.
- ²⁴⁾ R. SCHOLZ, Krise der parteienstaatlichen Demokratie? 1983.
- ²⁵⁾ BVerfGE 69, 315 (Brokdorf). – Siehe P. BADURA, Die politische Freiheit in der Demokratie, in: Festschrift für Helmut SIMON, 1987.
- ²⁶⁾ H.-P. SCHNEIDER, AöR 105, 1980, S. 4/9.
- ²⁷⁾ BVerfGE 1, 208/247 f.; 6, 84/92; 14, 121/134 f.; 51, 222/236 f.

Peter Badura

Meine Damen und Herren, ich glaube, daß es in unserem Jahrhundert zwei große Realitäten gibt, denen sich die Verfassung, das Recht, gegenüberstellt und die vielleicht im Staatsrecht noch nicht so sehr in Begriffe und in Einrichtungen ausgebildet sind, daß wir in der Lage wären, sozusagen rein deduktiv alle damit aufkommenden Fragen zu beantworten. Die beiden großen Kräfte sind die Demokratie und das Soziale oder der Sozialstaat. Ich glaube, daß keine staatsrechtliche Antwort richtig sein kann, die diese beiden wesentlichen politischen Kräfte nicht berücksichtigt. Die Demokratie ist ein Prinzip der politischen Macht, aber auch ein Prinzip, das sich auf die Staatsaufgaben und die Erledigung der staatlichen Angelegenheiten bezieht. „Sozialstaat“ meine ich in einem ganz weiten Sinn, also nicht nur im Sinne der sozialen Sicherheit, sondern im Sinne der Sozialgestaltungsaufgabe des Staates. Wenn man es ganz scharf sehen würde, könnte man sogar sagen, beides ist dasselbe. Die Kraft, die dem zugrunde liegt, ist dieselbe, nämlich der Gedanke der Gleichheit: daß die Menschen in gleicher Weise an politischen Handlungen, aber auch an der Freiheit und an den materiellen Glücksgütern Anteil haben sollen. Dieser Gedanke ist nicht verdrängbar. Man kann das durch alle möglichen juristischen Konstruktionen so subsumieren, daß man diesen treibenden Gedanken nicht mehr erkennt. Aber es kann nicht verdrängt werden, weil es sich wie eine Art Schwerkraft immer wieder durchsetzen wird.

Unser staatsrechtliches Denken kann natürlich nicht von solchen allgemeinen Globalvorstellungen dirigiert werden, sondern muß sich an bestimmten Begriffen orientieren, die weitgehend überkommen sind. Das sind der Begriff des Gesetzes, der Begriff der gesetzgebenden Gewalt, der Begriff Gewaltenteilung oder des Parlamentarismus; zum Teil ganz ehrwürdige Begriffe, die in ihren Wurzeln in andersartige Gesellschaftsverständnisse zurückreichen. Der Parlamentarismus etwa reicht zurück ins 13. Jahrhundert. Wenn wir diese Begriffe nehmen, kommen wir ganz langsam und allmählich in einen Prozeß der Umgestaltung der Begriffe unter dem Eindruck der sich durchsetzenden Demokratie und der sozialen Verhältnisse. Die vier Fragen, die gestellt worden sind, hängen, glaube ich, auch unmittelbar mit diesem Prozeß zusammen. Ich kann sie natürlich nicht vollständig beantworten, aber ein bißchen ist die Antwort vor diesem Hintergrund

erleichtert. Die Wirtschaft ist natürlich, wie Herr THALHEIM schon zu Recht sagte, und wie ich auch in keiner Weise leugnen wollte, eine ganz wesentliche Erscheinung nicht nur des Soziallebens, sondern auch des Verfassungslebens; eine ganz wesentliche Erscheinung sowohl in der Form, wie es Herr THALHEIM gefragt hat, nämlich im Hinblick auf die Freiheit und die mögliche Selbstgestaltungskraft der Wirtschaft, als auch in dem Sinne, wie es Herr STARBATTY gerade sagte, nämlich im Hinblick auf die ganz andere Seite des Geldbedarfs für Sozialleistungen. Das ist ja ganz selbstverständlich. Aber man kann, glaube ich, in beiden Punkten eigentlich sowohl als Jurist wie als Politiker nur die Antwort geben: Es kann nicht möglich sein, daß man hier behauptet, der Staat und der Gesetzgeber, d.h. ja wir alle, seien hier nicht zuständig. Auch diese Bereiche sind dem Staat nicht entzogen. Wir alle haben hier unsere Angelegenheit, und das Staatsrecht kann erklären, wie das vermittelt wird; und das wird ja auch alles vermittelt, durch verschiedene Institutionen.

Wenn Herr ALTMANN zu Recht gesagt hat, der Staat habe eine „Gewährleistungsaufgabe“, dann ist das eigentlich dasselbe. Die Gewährleistungsaufgabe heißt ja nicht, daß der Staat ständig alles macht, und es heißt vor allem auch nicht, daß es für den Staat klug wäre, ständig alles zu machen. Das kann ja niemand behaupten wollen. Nur wenn eine autonome gesellschaftliche Kraft, sei es die Gewerkschaft, sei es ein Wirtschaftsunternehmen oder ein Wirtschaftsverband, dem Staat entgegenwirkt und sagt: „Hier hast du nichts zu sagen, das ist unser Bereich“, dann muß man allerdings fragen: Kann das sein? Kann jemand für sich eine Autonomie beanspruchen außerhalb bestimmter Regeln, die durch die Verfassung niedergelegt werden müssen, die gewährleistet werden müssen und die letzten Endes sich im Gesetz niederschlagen?

Das bürgerliche Zeitalter hat den schönen Satz von der gesetzmäßigen Freiheit formuliert. Da ist beides zusammen: die Freiheit und das Gesetz. Das war ein phantastischer Gedanke, der damals so funktioniert hat, weil gesellschaftlich eine ganz andere Situation existierte. Er funktioniert heute aber nicht mehr so: und deswegen diese große Unzufriedenheit und auch die Mangelhaftigkeit vor allem des Staatsrechts. Das Staatsrecht kann nicht besser sein als die Gesellschaft selbst. Man kann ja nicht erwarten, daß die Juristen oder die Verfassungsrichter Antworten geben zu Fragen, die nicht ein-

mal die Politiker oder die Wirtschaftswissenschaftler richtig stellten. Das kann man von uns nicht verlangen.

Also, ich darf zunächst sagen, Herr THALHEIM, selbstverständlich gehört das Thema Staat und Wirtschaft, Staat und wirtschaftliche Freiheit auch dazu. Das wollte ich nicht verdrängen. Ich wollte eigentlich nur exemplifizieren und deswegen habe ich also diesen mehr oder weniger klassischen Bereich nicht noch einmal behandelt, vielmehr nur den Sektor angeschnitten, den Herr STARBATTY noch einmal nannte: das Thema der sozialen Kontrolle des technischen Fortschritts. Das ist nämlich eine Formel, die zum Schlagwort geworden ist, mit der der Versuch gemacht wird, diesen technischen Fortschritt dem Gesetz zu entziehen. Die Formel hat ja genau die Funktion, zu suggerieren, es solle durch Arbeit und Kapital – oder besser gesagt, nur durch Arbeit – der technische und soziale Fortschritt kontrolliert werden. Da kann ich nur sagen, das widerspricht elementar den Grundvorstellungen unserer Verfassungsordnung. Es kann nicht sein, daß ein so wichtiger Vorgang wie der technische und soziale Fortschritt – ob er nun wirklich ein Fortschritt ist, ist ja wieder eine andere Frage –, daß aber jedenfalls diese Evolution dem Staat entzogen wäre. Dem Staat, das heißt ja immer dem Gesetz, uns allen; der Politik kann so etwas nicht entzogen werden.

Herr STARBATTY hat zwar auf einer Seite recht, wenn er sagt: Ja können denn die Parlamentarier, die sowieso schon kaum etwas leisten, und die einen vollen Terminkalender haben, auch das noch machen. Ich meine, das ist nur eine Ebene. Natürlich können sie nicht alles machen. Sie wollen auch gar nicht alles machen. Das kann man ja auch aufteilen. Es könnte ja vernünftig organisiert werden und es wird ja auch weitgehend vernünftig organisiert. Ich meine, die Parlamentarismuskritik muß das Ganze sehen. In der vergangenen Legislaturperiode, der 10., sind 320 Gesetze erlassen worden. Ich meine, das ist eine ganze Menge, 320 Gesetze in vier Jahren. Aber vielleicht auch wiederum gar nicht so schlecht. Man sollte doch das Parlament nicht nur an seinem Grenzfall messen; nicht nur an den Aufgaben, die nicht auf einmal erledigt werden können und die über viele Legislaturperioden hinweg eine Rolle spielen.

Nun komme ich zu dem Punkt, den Herr WALTHER aufgeworfen hat. Wo kommen denn die Staatsaufgaben her? Die Staatsaufgaben sind natürlich nicht dadurch erledigt, daß man sie in die Verfassung schreibt. Man kann das natürlich machen. Manche Verfassungen sind in dieser Hinsicht sehr

vollständig und enthalten große Kataloge. Auch die Weimarer Verfassung war ja von dieser Art. Natürlich kann man sagen, die parlamentarische Versammlung oder die Nationalversammlung, die eine Verfassung erläßt, soll sich eben auch darüber Gedanken machen und soll eben die Staatsaufgaben für ihre Zeit, so wie das damals NAUMANN wollte, zusammenstellen und sagen: Das sind die Aufgaben unserer Zeit. Das ist möglich.

Nun folgt daraus nicht allzu vieles für die juristische Seite oder auch für die Rechtswirklichkeit, weil ja die Erledigung der Staatsaufgaben hinwiederum fast immer des Gesetzes bedarf. Ohne Gesetz kann die Staatsaufgabe nicht formuliert, erledigt, geordnet werden. Es würde ohne Gesetz zum reinen Chaos oder zur Willkür entarten, oder zu Bürokratie und reiner technokratischer Erledigung. Das heißt also, das Gesetz, die Gesetzgebung ist der Weg, in dem die Gesellschaft die Aufgaben des Gemeinwesens formuliert oder, anders ausgedrückt, die Staatsaufgaben realisiert und über Zeit und Tempo der Erledigung, soweit das eben möglich ist, befindet.

Staatszielbestimmung, diese Formulierung ist gefunden worden von einem berühmten Kollegen, Hans Peter IPSEN, in seiner Rektoratsrede in Hamburg im Jahre 1949, wo er über das Grundgesetz gesprochen hat. So hieß auch der Vortrag „Über das Grundgesetz“. Er sagte, und das war damals neu, in Art. 20 steht etwas vom „sozialen“ Bundesstaat, und das ist eine Art Bestimmung des Staatszieles; so oder ähnlich, ich kann es nicht wörtlich sagen. IPSEN hat aber praktisch diesen Zusammenhang hergestellt. Das „Bestimmen“ in seiner Formulierung war eigentlich transitiv gemeint: es wird etwas bestimmt. Das ist dann herausgelöst worden aus dem Zusammenhang und wurde zu einer Art Kategorie. Man sprach von einer „Staatszielbestimmung“ als einer Norm, in der etwas über Staatsziele gesagt wird. Und so gebrauchen wir das Wort heute. Staatszielbestimmungen, darunter verstehen wir also Vorschriften des objektiven Verfassungsrechts, die materielle Inhalte über die Aufgaben des Staates, seine Ziele und vor allem die Aufgaben des Staates enthalten. Dieser Wortgebrauch hat sich weitgehend unter den Juristen und Politikern eingebürgert und der Sozialstaatsatz ist der natürlich völlig naheliegende Fall. Aber Sie haben ja vorhin auch noch auf den Art. 26 GG hingewiesen, also auf den Frieden oder die Beteiligung an der Friedenssicherung. Das ist genau so eine Staatszielbestimmung. Auch die Deutschlandpolitik, die Wiedervereinigung ist gewiß eine Staatszielbestimmung.

Nun kann man natürlich fragen: Soll man solche Staatszielbestimmungen haben, viele oder wenige, Umweltschutz, ja oder nein. Das war ja Ihre Frage. Nun ist der Umweltschutz aus verschiedenen Gründen populär. Nicht nur, weil er einfach in der Mode ist, wie man heute vormittag meinem Kollegen Kaiser entgegengehalten hat. Das ist ja gar nicht richtig. Das ist keine Mode. Das ist eine ganz elementare Frage. Ich glaube, der kann man überhaupt nicht ausweichen. Da hat Herr KAISER völlig recht gehabt. Ich meine genau dasselbe wie er. Andererseits, glaube ich aber - auch da werden wir wohl nicht verschiedener Meinung sein - es ist nicht sehr viel damit gewonnen, wenn man jetzt in die Verfassung so einen Satz hineinschreibt. Es könnte auch ein Schaden dadurch entstehen. Ich bin zurückhaltend. Ich bin eher skeptisch in der Frage. Ich habe mich auch an anderen Stellen so dazu geäußert.. Ich glaube also, es hat einen appellativen Wert, einen gewissermaßen propagandistischen Wert, wenn man eine Verfassung nicht nur als ein Rechtsdokument versteht, sondern auch als eine Art Einigungsinstrument; wie eine Fahne, wie eine Nationalhymne. Da ist natürlich auch ein solcher Satz über Umweltschutz oder über Arbeit oder über Wirtschaft dort am richtigen Platz und gehört da rein. Der Entwurf der neuen Schweizerischen Bundesverfassung enthält solche Sätze. Da würde man also vom rein Appellativen her sagen, wenn man wünscht, daß die Verfassung populär ist und Indifikation ermöglicht, dann wäre das ganz nützlich, weil die Verfassung dann eben auch wirklich auf eine bestimmte Frage reagieren würde, die allen Leuten etwas bedeutet, oder vielen Leuten etwas bedeutet. Juristisch allerdings wäre der Wert eines solchen Artikels eben deswegen gerade fragwürdig. Das ist der Punkt, weswegen die CDU bis vor wenigen Tagen das nicht wollte. Jetzt aber will sie es. Die CSU übrigens hat in der Bayerischen Verfassung schon drin, und zwar ganz wunderbar formuliert, in Art. 141 der Bayerischen Verfassung. Die CDU war dagegen und zwar mit mehr Recht, als sie heute dafür ist, weil es völlig unkalkulierbar ist, was aus einem solchen Satz unter den heutigen richterlichen Bedingungen wird. Die Gefahr besteht eben, und das habe ich in meinem Vortrag auch behandelt, daß von Interessenten oder von wem auch immer - auch von Gruppen, die eigentlich gar nicht Betroffene aber politisch interessiert sind - aus diesem Satz möglicherweise ein Hebel gegen den Gesetzgeber gemacht wird, oder auch zunächst einmal gegen die Verwaltung. Es könnte also der Verwaltung entgegengehalten werden, wenn sie ein Gesetz vollzieht, daß

sie nicht bedacht habe, was in der Verfassung auch noch stünde. Damit würde also diese Staatszielbestimmung als Verfassungsrecht, eine auf höherer Ebene geschriebene ständige Zusatzklausel zu jedem beliebigen Gesetz werden, das sich auf raumbeanspruchende Maßnahmen bezieht. Das würde unter Umständen den Verwaltungsvollzug vor schwierige Fragen stellen. In der Rechtsprechung -wenn dann die Richter einen solchen Satz realisieren würden - käme eine Art unmittelbaren Verfassungsvollzugs, in Ergänzung des Gesetzes. Das ist der Grund, der meiner Ansicht nach juristisch eher gegen diese Klauseln spricht.

Wenn man eine Umweltschutzklausel aber im Artikel 20 wollte, wenn man sie da einfügen würde, würde ich glauben - darüber kann man auch streiten - daß das nicht die Wirkung hätte, die Herr WALTHER befürchtet, daß damit nämlich im Sinne von Art. 79 Abs. 3 eine Unantastbarkeit entstehen würde. Das würde sonst bedeuten, daß der Gesetzgeber durch Verfassungsänderungen den Art. 79 Abs. 3 immer weiter anreichern könnte. Das ist der Satz, in dem es heißt, daß bestimmte Grundsätze unserer Verfassung der Verfassungsänderung entzogen sind. Man hat ja dem Art. 20 bereits den Absatz 4 hinzugesetzt; Widerstandsrecht. Hat man damit die Reichweite dieser „Ewigkeitsklausel“, wie man sie ja genannt hat, erweitert? Das glaube ich nicht. Ich glaube aber auch nicht, daß Artikel 20 der richtige Platz für die Staatszielbestimmung Umweltschutz wäre, wie es schon vorgeschlagen worden ist. Sonst wäre ein anderer Platz zu suchen, aber auch das ist gar nicht so einfach. Das Grundgesetz zeigt sich doch etwas widerstrebend gegenüber der Idee, einen solchen Artikel einzufügen. Es gibt eigentlich keine richtige Stelle dafür, höchstens am Ende des zweiten Hauptabschnitts. Aber auch das wäre ein bißchen zufällig, weil da gerade die Handelsflotte steht, Art. 27. Da paßt es auch nicht so richtig hin. Das darf ich zu dem dritten Punkt von Herrn WALTHER sagen, und ich glaube, ich habe die Fragen fast zu wortreich beantwortet.

Rüdiger Altmann

Ich glaube, ich habe mich vorhin nicht ganz klar ausgedrückt. Ich meine nicht, daß der Staat die Forderungen einiger Gruppen, der Gewerkschaften oder auch der Wirtschaft oder anderer Gruppen abwehrt, sondern ich mei-